



- Beschlusskammer 2 -

Az.: BK2a 02/011

B e s c h l u s s

(geschwärzte Fassung)

In dem Verwaltungsverfahren

wegen des Antrags auf Genehmigung von Änderungen der Entgelte und entgeltrelevanten Bestandteile der Allgemeinen Geschäftsbedingungen für die Optionsangebote „AktivPlus basis“ „AktivPlus“ und „AktivPlus xxl“

der Deutschen Telekom AG, Friedrich-Ebert-Allee 140, 53113 Bonn, vertreten durch den Vorstand,

- Antragstellerin -

- Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte Redecker, Sellner, Dahs, und Widmaier, Mozartstraße 4-10, 53115 Bonn,

Beigeladene:

1. Arcor AG & Co, vertreten durch die Arcor Verwaltungs-AG, diese vertreten durch den Vorstand, Kölner Straße 3a, 65760 Eschborn,

- Beigeladene 1 -

- Verfahrensbevollmächtigte: Roland Weiss und Carsten Popp (Arcor),

2. Tele2 Telecommunication Services GmbH, vertreten durch die Geschäftsführung, In der Steele 39a, 40599 Düsseldorf,

- Beigeladene 2 -

- Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte Velten, Franz, Jakoby, Kaistraße 20, 40221 Düsseldorf,

Behördensitz
Bonn
Tulpenfeld 4
53113 Bonn
☎ (02 28) 14-0

Telefax
(02 28)
14-88 72

X.400
S=poststelle
P=regtp
A=bund400
C=de

E-Mail
poststelle@regtp.de

Internet
<http://www.regtp.de>

Kontoverbindungen
Bundeskasse Bonn
Landeszentralbank Bonn
(BLZ 380 000 00)
Konto-Nr. 380 010 60

Bundeskasse Bonn
Postbank Köln
(BLZ 370 100 50)
Konto-Nr. 119 00-505

3. HanseNet Telefongesellschaft mbH & Co. KG, vertreten durch die Geschäftsführung, Hammerbrookstraße 63, 20097 Hamburg,

- Beigeladene 3 -

- Verfahrensbevollmächtigter: Malte Piekarowitz (HanseNet),

4. COLT TELECOM GmbH, Herriotstraße 4, 60528 Frankfurt/Main, vertreten durch die Geschäftsführung,

- Beigeladene 4 -

- Verfahrensbevollmächtigte: Frau Uta Gottschalk (COLT),

5. Bundesverband der regionalen und lokalen Telekommunikationsgesellschaften e.V. (breko), vertreten durch die Geschäftsführung, Königswinterer Straße 310, 53227 Bonn,

- Beigeladene 5 -

- Verfahrensbevollmächtigte: Astrid Braken (breko),

hat die Beschlusskammer 2 der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post durch

den Direktor Dipl.-Ing. Bernhard Kuhrmeyer
den Regierungsdirektor Rainer Busch
den Regierungsrat z.A. Jörg Lindhorst

(Vorsitzender),
(Beisitzer 1) und
(Beisitzer 2)

aufgrund der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 24.06.2002

am 05.07.2002 beschlossen:

1. Die Änderung der Entgelte und entgeltrelevanten Bestandteile der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Optionsangebote „AktivPlus basis“ „AktivPlus“ und „AktivPlus xxl“ wird genehmigt.

In Bezug auf die beantragte Änderung von Punkt 2.1 der entgeltrelevanten Bestandteile der Allgemeinen Geschäftsbedingungen „AktivPlus basis“ „AktivPlus“ und „AktivPlus xxl“ (- Preselection-Ausschluss -) wird die Genehmigung versagt.

2. Die Genehmigung der Optionsangebote „AktivPlus basis“ und „AktivPlus“ wird über den 31.10.2002 hinaus bis zum 31.12.2002 verlängert.

3. Die in den Beschlüssen BK 2a 02/002 vom 28.03.2002 und BK 2a 02/010 vom 28.06.2002 getroffenen Entscheidungen gelten im übrigen fort.

Gründe:

I.

Mit Beschluss BK2a 02/002 vom 28.03.2002 hat die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post die Entgelte und entgeltrelevanten Bestandteile der Allgemeinen Geschäftsbedingungen für die Optionsangebote „AktivPlus basis“ und „AktivPlus“ der Antragstellerin befristet bis zum 31.10.2002 genehmigt. Das Optionsangebot „AktivPlus xxi“ der Antragstellerin wurde mit Beschluss BK2a 02/010 vom 28.06.2002 befristet bis zum 31.12.2002 genehmigt. Dabei wurde der Antragstellerin aufgegeben, weiterhin im Abstand von jeweils einem Monat gegenüber der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post über die Entwicklung der Kundenzahlen sowie des tatsächlichen Nutzungsverhaltens des Optionsangebots „AktivPlus xxi“ Bericht zu erstatten.

Mit Schreiben vom 07.05.2002 hat die Antragstellerin beantragt,

die Änderung der Bestimmungen der AGB für „AktivPlus, AktivPlus basis“ und „AktivPlus xxi“, der Preislisten „AktivPlus“ und „AktivPlus xxi“ für Inland und Ausland und der Preisliste „AktivPlus basis“ gemäß der dem Antrag beigefügten Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Preislisten mit Wirkung zum 01.08.2002 zu genehmigen.

Für den Fall, dass eine Entscheidung bis zum 21.06.2002 nicht getroffen werden kann, hat die Antragstellerin beantragt,

die Änderung der Bestimmungen der AGB für „AktivPlus, „AktivPlus basis“ und „AktivPlus xxi“, der Preislisten „AktivPlus“ und „AktivPlus xxi“ für Inland und Ausland und der Preisliste „AktivPlus basis“ gemäß der dem Antrag beigefügten Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Preislisten mit Wirkung zum 01.08.2002 vorläufig zu genehmigen.

Die beantragte Entgeltmaßnahme beinhaltet im einzelnen

1. den Wegfall des Weihnachtstarifes und damit keine Feiertagstarifizierung an den Werktagen zwischen dem 27.12. und 31.12.2002,
2. die Aufgabe der Mindestvertragslaufzeit von 3 Monaten,
3. die Einführung einer Kündigungsfrist von 6 Werktagen,
4. die Einbeziehung vergünstigter Verbindungen zu den Mobilfunknetze „MobilCom“ und „Quam“ in die Optionsangebote „AktivPlus“ und „AktivPlus xxi“,

5. die Streichung der vergünstigten Vis-à-vis-Tarife in den Preislisten „AktivPlus“ und „AktivPlus xxl“ für Auslandsverbindungen,
6. die Anhebung der Tarife für Auslandverbindungen nach Färöer, Gibraltar und Malta im Rahmen der Optionsangebote „AktivPlus“ und „AktivPlus xxl“ sowie
7. die Aufnahme eines Ausschlusses der dauerhaften Voreinstellung auf einen anderen Verbindungsnetzbetreiber in die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Optionsangebot „AktivPlus basis“, „AktivPlus“ und „AktivPlus xxl“.

Die beantragte Entgeltmaßnahme wurde am 29.05.2002 im Amtsblatt Nr. 10/2002 der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post als Mitteilung Nr. 265/2002 veröffentlicht.

Zur Begründung ihres Antrag hat die Antragstellerin im wesentlichen folgende Ausführungen gemacht.

Mit dem Wegfall des Weihnachtstarifes solle die weitestgehende Einheitlichkeit der Tarifstruktur erhalten bleiben. Der mit dieser Maßnahme verbundene höhere Preis liege weiterhin unter den genehmigten Standardtarifen, so dass ein unzulässiger Aufschlag ausscheide. Die Genehmigungsfähigkeit ergebe sich aber auch bereits aus der Tatsache, dass an den betroffenen Tagen die bereits genehmigten „AktivPlus-Entgelte“ für Werktage gelten sollen.

Auch die Anhebung des Preises für Verbindungen nach Malta, Färöer und Gibraltar sei genehmigungsfähig, da die Entgelte trotz der Erhöhung unter den Standardtarifen liegen würden. Es stelle sich daher auch nicht die Frage des Abschlagsverbots, da die Preise über den bisher genehmigten Preisen lägen.

Die bisherigen Vis-à-Vis-Tarife würden durch die genehmigten „Aktiv-Plus“-Entgelte ersetzt. Diese lägen mit Ausnahme von Polen und der Tschechischen Republik schon heute unter den Vis-à-vis-Tarifen. Auch in Bezug auf diese beiden Länder scheidet ein Preishöhenmissbrauch aus, da die beantragten Entgelte unter den entsprechenden Standardtarifen lägen.

Die Einbeziehung von Verbindungen in die Mobilfunknetze von „Quam“ und „MobilCom“ unterliege nicht der Genehmigungspflicht.

Sie verstoße auch nicht gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen. Es liege weder eine Leistungskoppelung noch eine Konditionenkoppelung vor. Die Entgelte der einzelnen Verbindungsleistungen seien in ihrer Höhe voneinander unabhängig. Eine gegenseitige Beeinflussung sei daher ausgeschlossen. Durch die Einbeziehung von Draht-Funk-Verbindungen entstehe kein wirtschaftlicher Anreiz in Form einer Sogwirkung.

Die Aufgabe der Mindestvertragslaufzeit und die Verkürzung der Kündigungsfrist auf 6 Werktage diene einer vereinfachten Handhabung der Vorgaben des Schuldrechtmodernisierungsgesetzes.

Im Hinblick auf die Wiederaufnahme des Ausschlusses der Preselection-Möglichkeit auf einen anderen Verbindungsnetzbetreiber halte man an der bisherigen Rechtsauffassung fest.

Die Beigeladenen 1 und 2 haben sich schriftlich wie folgt zur beantragten Tarifmaßnahme geäußert.

Beigeladene 1:

Die Beigeladene 1 habe bereits in zahlreichen Verfahren, zuletzt im Genehmigungsverfahren BK2a 02/010 betreffend den Tarif „AktivPlus xxl“, ausführlich auf die wettbewerbsbehindernde Wirkung von Bündelprodukten, wie sie bei den verfahrensgegenständlichen Tarifen vorlägen, hingewiesen. Sie fordere daher die Regulierungsbehörde auch in diesem Verfahren auf, die Wirkungen, die von den Bündelprodukten ausgingen, zu untersuchen und die beantragte Genehmigung gegebenenfalls im Hinblick auf §§ 27 Abs. 3 TKG i.V.m. § 3 TKV, § 19 Abs. 4 Ziff. 1 GWB und Art. 2 lit. d) des EG-Vertrages zu versagen. Zur Vermeidung von Wiederholungen werde insoweit auf die Stellungnahme in dem genannten Verfahren verwiesen.

Auch die Unzulässigkeit der erneut zur Genehmigung vorgelegten Preselection-Ausschlussklausel sei bereits mehrfach in Entgeltgenehmigungsverfahren zu diesen Tarifen gerügt worden. Insoweit werde insbesondere auf ihre Stellungnahmen vom 28.08.2001 im Verfahren BK2c 01/014 sowie vom 06.06.2002 im Verfahren BK2a 02/010 verwiesen. Entsprechend der von der Beschlusskammer am 25.09.2001 getroffenen Entscheidung BK 2c 01/014 müsse die Genehmigung dieser Klausel insoweit verweigert werden.

Schließlich ist die Beigeladene 1 der Auffassung, dass die vergünstigten Entgelte für Verbindungen in die Mobilfunknetze „MobilCom“ und „Quam“ genehmigungspflichtig, jedoch nicht genehmigungsfähig seien. Nach der Beschlusspraxis der Regulierungsbehörde seien ungeachtet der Frage, ob Verbindungen zu Mobilfunknetzen Sprachtelefondienst i.S.v. § 3 Nr. 15 TKG darstellen und die betreffenden Entgelte insoweit der ex-ante-Regulierung unterlägen, solche Entgelte jedenfalls dann genehmigungspflichtig, wenn sie im Rahmen eines Produktbündels gemeinsam mit Entgelten für reine Festnetz-Verbindungen angeboten würden, da hierdurch gegebenenfalls die Anreizfunktion des Bündels grundsätzlich erhöht werden könne (BK 2c 00/001, Seite 8 vom 31.03.2000). Zudem werde durch die Veränderung der Minutentariife die Verteilung des monatlich zu entrichtenden Optionsentgelts mitbestimmt, so dass hiervon auch die effektiv zu zahlenden Entgelte für die – unstreitig Sprachtelefondienst darstellenden - Verbindungen von Festnetz zu Festnetz beeinflusst würden.

Die hier vorliegenden Entgelte für Verbindungen in die Mobilfunknetze von „MobilCom“ und „Quam“ seien jedoch nicht genehmigungsfähig. Selbst bei Heranziehung der aus Sicht der Beigeladenen 1 nicht den gesetzlichen Maßstäben gerecht werdenden „IC+25%“-Regel enthielten die genannten Entgelte Abschläge im Sinne von § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG.

a) Beigeladene 2:

Das jetzt erstmals von der Antragstellerin für alle „AktivPlus“-Angebote vorgesehene Preselection-Verbot verstoße gegen geltendes Wettbewerbsrecht und stehe damit einer Genehmigung der beantragten Tarifmaßnahmen entgegen. Diese Einschätzung habe die Beschlusskammer seit ihrer Entscheidung BK2c 01/012 vom 25.09.2001 im Verfahren zum Optionstarif „AktivPlus xxl“ mehrfach wiederholt und ausnahmslos vertreten. Daran sei festzuhalten.

Der der zutreffenden Sprachpraxis zugrunde liegende Sachverhalt, insbesondere die mit Studien der Beigeladenen 2 belegten wettbewerbsbeeinträchtigenden Auswirkungen des Preselection-Verbot auf das Kundenverhalten, bestünde unverändert fort. Insoweit sei auch auf die von der Beigeladene 2 in den Verfahren BK2a 02/002 und BK2a 02/010 vorgelegten Auswertungen zu verweisen. Auch von der Antragstellerin selbst werde nicht behauptet, dass sich zwischenzeitlich eine andere Marktsituation eingestellt habe, die eine Neubewertung des Pre-

selection-Verbotese erforderlich. Es bestehe daher kein Anlass, zu einer von der bisherigen Einschätzung abweichenden Beurteilung des Preselection-Verbotese zu gelangen.

Die Antragstellerin hat sich im Rahmen der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 24.06.2002 insbesondere zum Vorwurf der Beigeladenen 1 geäußert, die Entgelte für Verbindungen in die Mobilfunknetze „MobilCom“ und „Quam“ seien nicht kostenorientiert:

Die Beigeladene 1 habe ihren Berechnungen lediglich den nominalen Preis für Verbindungen in die genannten Mobilfunknetze zugrundegelegt. Dabei habe sie jedoch unberücksichtigt gelassen, dass der Antragstellerin aufgrund der Taktgewinne real höhere Einnahmen zur Verfügung stünden. Bei Berücksichtigung der tatsächlichen Einnahmen sei auch die von der Beschlusskammer zur Kostenermittlung herangezogene „IC+25“-Regel erfüllt.

Die Antragstellerin hat ferner darauf hingewiesen, dass die Einführung der beabsichtigten Tarifänderungen nunmehr zum 01.09.2002 geplant sei.

Mit Schreiben vom 27.06.2002 hat die Antragstellerin die Beschlusskammer über die durchschnittliche Verbindungsdauer bei Verbindungen in die Mobilfunknetze „MobilCom“ und „Quam“ informiert.

Dem Bundeskartellamt wurde mit Schreiben vom 03.07.2002 Gelegenheit gegeben, sich gemäß § 82 S. 4 TKG zur beabsichtigten Entscheidung zu äußern. Das Bundeskartellamt hat diesbezüglich mit Schreiben vom 05.07.2002 folgendes ausgeführt.

Es stimme der Beschlusskammer zu, dass die derzeit vorliegenden Erkenntnisse eine abschließende Beurteilung der Optionsangebote nach § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB und § 20 Abs. 1 GWB noch nicht erlaubten und unterstütze die Ermittlungsabsicht der Regulierungsbehörde.

Nach Auffassung des Bundeskartellamtes könnten auch Draht-Funk-Verbindungen im Rahmen pauschalierter Optionsangebote eine unzulässige Sogwirkung entfalten. Zwar mag es im Grundsatz zutreffend sein, dass man dem marktbeherrschenden Unternehmen nicht verbieten dürfe, Konvergenzvorteile im Kundeninteresse an den Verbraucher weiter zu geben. Ob dies im Falle der „AktivPlus“-Familie ebenso sei, sollte im Rahmen der angekündigten Ermittlungen untersucht werden.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Verfahrensakte Bezug genommen.

II.

Die Entscheidung beruht auf §§ 24, 25 Abs. 1, 27 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 3 TKG.

1. Formelle Rechtmäßigkeit

- a) Die Voraussetzungen für ein Verfahren gemäß § 66 i. V. m. § 73 Abs. 1 Satz 1 TKG sind erfüllt, denn es handelt sich um eine Entscheidung der Regulierungsbehörde nach den Rege-

lungen des Dritten Teils des TKG.

- b) Die Entscheidung erfolgt innerhalb der Frist des § 28 Abs. 2 TKG. Die Entscheidungsfrist wurde mit Schreiben vom 17.06.2002 um vier Wochen verlängert. Die Entscheidungsfrist endet somit am 16.07.2002.
- c) Dem Bundeskartellamt wurde mit Schreiben vom 03.07.2002 Gelegenheit zur Stellungnahme gemäß § 82 Satz 3 TKG eingeräumt.

2. Sachentscheidungsvoraussetzungen

Die beantragte Entgeltmaßnahme unterliegt der Genehmigungspflicht gemäß § 25 Abs. 1 TKG.

- a) Sie betrifft insoweit Optionsangebote, welche Leistungselemente aus dem Bereich des Sprachtelefondienst im Rahmen der Lizenzklasse 4 nach § 6 TKG beinhalten und bereits mehrfach genehmigt worden sind.

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin umfasst die Genehmigungspflicht insbesondere auch die vorgesehene Einbeziehung vergünstigter Entgelte für Verbindungen in die Mobilfunknetze von „MobilCom“ und „Quam“. Es handelt sich insoweit um die Änderung von Entgelten und entgeltrelevanten Bestandteilen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen für das Angebot von Sprachtelefondienst im Rahmen der Lizenzklasse 4 nach § 6 TKG (vgl. BK2c 00/001 vom 31.03.2000). Durch die beabsichtigte Änderung des im Optionsangebot enthaltenen Leistungsumfangs verändert sich insoweit insgesamt der Charakter dieser Angebote. Unabhängig davon, ob die als neue Leistungskomponente in den Optionstarif einbezogenen vergünstigten Verbindungen vom Festnetz in den Mobilfunk als solche der Genehmigungspflicht unterliegen, unterfallen jedenfalls die der „Verknüpfung“ dienenden Vertragsbedingungen als entgeltrelevante Bestandteile der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Ex-ante-Regulierung nach § 25 Abs. 1 TKG. Entgeltrelevant sind danach diejenigen Bestandteile der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die aus kaufmännischer Sicht die Höhe des eigentlichen Entgelts mitbestimmen (Manssen Telekommunikations- und Medienrecht § 25 Rdnr. 5). Die Änderung bereits bestehender Optionsangebote um neue Leistungskomponenten wirkt sich insoweit erhöhend auf die Anziehungskraft des Angebots aus. So werden sich die neuen Angebote für bisherige Nutzer aufgrund ihrer verbesserten Rabattmöglichkeiten eventuell noch mehr auszahlen, als dies bei den alten Angeboten der Fall gewesen ist. Ferner werden durch die neuen Angebote auch solche Kunden angesprochen, für die die alte Tarifoption wegen ihrer geringeren Rabattmöglichkeiten nicht in Frage kam.

- b) Die Antragstellerin verfügt auf dem Markt für das Angebot von Sprachtelefondienst im Rahmen der Lizenzklasse 4 nach § 6 TKG über eine marktbeherrschende Stellung nach § 19 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen.

Die Entwicklung der Marktanteile der Antragstellerin und ihrer Wettbewerber zeigt, dass die marktbeherrschende Stellung der Antragstellerin nach wie vor besteht.

Zum einen erfüllt die Antragstellerin den Vermutungstatbestand des § 19 Abs. 3 GWB. So verfügt die Antragstellerin für die Märkte Teilnehmeranschlüsse, Orts- und Nahverbindungen (City-Verbindungen) sowie Fernverbindungen sowohl gemessen an den Umsatzerlösen als auch an den Verbindungsminuten jeweils über Marktanteile von über 60% in den Jahren 2000 und

2001. Insbesondere bei den Teilnehmeranschlüssen sowie den Orts- und Nahverbindungen (City-Verbindungen) liegen die Marktanteile über 90%. Außerdem zeigt die Verteilung der Marktanteile einen zersplitterten Restmarkt. Die nächstgrößeren Wettbewerber haben im Bereich Fernverbindungen Marktanteile von höchstens 10% für die Jahre 2000 und 2001 (auf Basis von Umsatz und Verbindungsminuten).

Zum anderen ergibt sich aus einer wertenden Gesamtschau nach den Kriterien des § 19 Abs. 2 GWB kein erkennbarer Abbau einer marktbeherrschenden Stellung der Antragstellerin. Die Antragstellerin verfügt in den genannten Märkten derzeit jeweils noch über sehr hohe Marktanteile. Sie besitzt darüber hinaus über einen gegenüber allen Wettbewerbern erhebliche Marktanteilsvorsprünge. In Bezug auf die Finanzkraft, den Zugang zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten sind wesentliche Vorteile zwar nicht zu erkennen. Für die Wettbewerber bestehen insoweit auch keine wesentlichen Marktzutrittsschranken. Entscheidend ist aber, dass die Antragstellerin derzeit in Bezug auf ihren wettbewerblichen Verhaltensspielraum aufgrund der vorzufindenden Marktstruktur, die insoweit geprägt ist durch einen dominanten Anbieter und einen zersplitterten Restmarkt, keiner ausreichenden Kontrolle durch den Wettbewerb ausgesetzt ist.

Für den Bereich der Auslandsverbindungen liegen derzeit noch keine Erkenntnisse vor, die eine marktbeherrschende Stellung der Antragstellerin in Frage stellen könnten. Die Beschlusskammer behält sich jedoch vor, diese Frage nach Abschluss der aktuell laufenden Untersuchungen für Auslandsverbindungen einer erneuten Prüfung zu unterziehen.

3. Verfahrensart

Gemäß § 27 Abs. 1 TKG genehmigt die Regulierungsbehörde Entgelte nach § 25 Abs. 1 TKG entweder im Einzelgenehmigungsverfahren auf der Grundlage der auf die einzelnen Dienstleistung entfallenden Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung oder im Price-Cap-Genehmigungsverfahren auf der Grundlage der vorgegebenen Maßgrößen für die durchschnittliche Änderungsrate der Entgelte für einen Korb zusammengefasster Dienstleistungen.

Eine unmittelbare Anwendung des Price-Cap-Genehmigungsverfahrens gemäß § 27 Abs. 1 Nr. 2 TKG scheidet vorliegend aus, da aufgrund der Entscheidung der Beschlusskammer zur Zusammenfassung von Dienstleistungen und Bildung von Maßgrößen für die Price-Cap-Regulierung im Sprachtelefondienst ab 2002 vom 21.12.2001 (Az. BK 2c 01/009) lediglich die Standardtarife der Antragstellerin in entsprechenden Warenkörben erfasst wurden.

Daher sind im vorliegenden Fall die Vorschriften des Einzelgenehmigungsverfahrens nach § 27 Abs. 1 Nr. 1 TKG heranzuziehen. Allerdings ist insoweit auch die grundsätzliche Geltung der „Price-Cap-Regulierung im Sprachtelefondienst ab 2002“ zu beachten.

4. Verfahrensgegenstand

Verfahrensgegenstand sind gemäß § 25 Abs. 1 TKG die Entgelte und entgeltrelevanten Bestandteile für die in dem Optionsangebot enthaltenen genehmigungspflichtigen Sprachtelefondienstleistungen im Rahmen der Lizenzklasse 4 nach § 6 TKG.

5. Genehmigungsvoraussetzungen

Die Genehmigungsvoraussetzungen gemäß § 27 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 3 TKG sind vorliegend

erfüllt. Danach ist die Genehmigung nur dann zu versagen, wenn die in dem Angebot enthaltenen Entgelte nicht den Maßstab des § 24 Abs. 2 Nr. 1 TKG einhalten, bzw. offenkundig den Anforderungen des § 24 Abs. 2 Nr. 2 oder 3 TKG nicht entsprechen oder wenn sie mit dem TKG oder anderen Rechtsvorschriften nicht in Einklang stehen.

a) Kein Preishöhenmissbrauch

Ein Verstoß gegen die Anforderungen des § 24 Abs. 2 Nr. 1 TKG scheidet vorliegend bezogen auf die in den Optionsangeboten enthaltenen Entgelte für Sprachtelefondienstleistungen aus.

Zwar führt der Wegfall der Weihnachts- und Vis-à-vis-Tarifierung zumindest teilweise zu einer Preiserhöhung bei den hiervon betroffenen Verbindungsleistungen. Es ist jedoch zu beachten, dass die wegfallenden Sondertarife durch die bereits genehmigten „AktivPlus“-Entgelte ersetzt werden. Diese liegen durchgängig unter den Standardentgelten für entsprechende Verbindungsleistungen, so dass vorliegend ein Preishöhenmissbrauch nicht angenommen werden kann.

Auch die Anhebung der Entgelte für Verbindungen nach Färöer, Gibraltar und Malta führt nicht zur Annahme unzulässiger Aufschläge. Die für Verbindungen nach Färöer, Gibraltar und Malta beantragten Entgelte liegen trotz der Erhöhung ebenfalls unter den genehmigten Standardentgelten für Verbindungen in diese Länder.

b) Kein Verstoß gegen das Verbot wettbewerbswidriger Abschlüsse

Ein offenkundiger Verstoß der beantragten Entgeltmaßnahmen gegen das sich aus § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG ergebende Abschlagsverbot ist vorliegend nicht ersichtlich. Dies folgt bereits daraus, dass keines der in den betroffenen Optionsangeboten enthaltenen Entgelte für Sprachtelefondienstleistungen gegenüber den zuletzt mit den Beschlüssen BK2a 02/002 vom 28.03.2002 und BK 2a 02/010 vom 28.06.2002 genehmigten Entgelten abgesenkt worden ist.

Es ist jedoch zu prüfen, ob die Hereinnahme vergünstigter Entgelte für Verbindungen zu den Mobilfunknetzen von „MobilCom“ und „Quam“, die als solche nicht der Genehmigungspflicht nach § 25 Abs. 1 TKG unterliegen, in das Angebot zu einer Erhöhung der Kosten und damit möglicherweise zu unzulässigen Abschlägen bei den im Angebot bereits enthaltenen Entgelten für Sprachtelefondienstleistungen führen kann. Dies käme etwa dann in Betracht, wenn diese Entgelte, wie von der Beigeladenen 1 vorgetragen, kostenunterdeckend kalkuliert wurden und von den bereits in dem Angebot enthaltenen Leistungen mitgetragen werden müssten. Insoweit ist sicherzustellen, dass kein Ausgleich zwischen den genehmigungspflichtigen Leistungskomponenten und den nicht genehmigungspflichtigen Leistungskomponenten erforderlich ist, um die Kostendeckung des Tarifs insgesamt zu gewährleisten.

Eine Quersubventionierung ist vorliegend jedoch nicht gegeben, weil nach Einschätzung der Beschlusskammer vorliegend auch die nunmehr einbezogenen Verbindungen vom Festnetz in die Mobilfunknetze von „MobilCom“ und „Quam“ noch kostendeckend kalkuliert sind. So liegt der nach der Sochermethode berechnete effektive Endkundenpreis bei einer durchschnittlichen Gesprächsdauer von [REDACTED] (BuG der ASt) immer noch um ca. [REDACTED] (BuG der ASt) über der von der Beschlusskammer für den Bereich genehmigungspflichtig-

tiger Sprachtelefondienstleistungen entwickelten Preisuntergrenze "IC+25 %".

c) Kein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot

Die beantragte Änderung der entgeltrelevanten Bestandteile der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Optionsangebote „AktivPlus basis“, „AktivPlus“ und „AktivPlus xxl“ verstößt auch nicht gegen § 24 Abs. 2 Nr. 3 TKG.

Einzelnen Nachfragern werden insoweit keine Vorteile gegenüber anderen Nachfragern gleichartiger oder ähnlicher Telekommunikationsdienstleistungen auf dem Markt für Sprachtelefondienstleistungen eingeräumt.

d) Kein Verstoß gegen sonstige Vorschriften

Gemäß § 27 Abs. 3 TKG wäre die beantragte Genehmigung auch dann zu versagen, wenn die Entgelte offenkundig mit dem Telekommunikationsgesetz oder anderen Rechtsvorschriften nicht in Einklang stünden.

da) Kein Behinderungsmissbrauch

Nach den der Beschlusskammer bislang vorliegenden Erkenntnissen kann derzeit nicht festgestellt werden, dass die Optionsangebote „AktivPlus basis“, „AktivPlus“ und „AktivPlus xxl“ gegen das in §§ 19 Abs. 4 Nr. 1, 20 Abs. 1 GWB und Art. 82 EG-Vertrag geregelte Verbot der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung verstoßen.

Voraussetzung hierfür wäre zunächst eine Behinderung bzw. Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen. Der Begriff der Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten in § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB ist ebenso wie der Begriff der Behinderung in § 20 Abs. 1 GWB wertneutral auszulegen (Markert in Immenga/Mestmäcker, GWB § 20 Abs. 1 Rdnr. 116). Erforderlich ist danach eine objektive Beeinträchtigung der Betätigungsmöglichkeiten anderer Unternehmen im Wettbewerb, wobei die Beeinträchtigung in einer für den Wettbewerb erheblichen Weise vorliegen muss (Schultz in Langen/Bunte, KartR § 19 Rdnr. 135).

Eine Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen wäre daher dann anzunehmen, wenn die vorliegenden Optionsangebote dazu führen, dass Kunden den Bezug von Sprachtelefondienstleistungen bei der Antragstellerin konzentrieren, so dass die Wettbewerber in ihren Absatzmöglichkeiten eingeschränkt werden. Indiz hierfür könnte das erhebliche Anwachsen der Nutzerzahlen auf insgesamt bislang ca. 10 Millionen Kunden sein. Auf eine Einschränkung der Absatzmöglichkeiten von Wettbewerbern deutet auch die im Verfahren BK2a 02/010 von der Beigeladenen 2 vorgelegten Ergebnisse einer Kundenbefragung hin.

Allerdings reicht eine vorliegend durchaus wahrscheinliche Behinderung, bzw. Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen für einen Missbrauchsvorwurf noch nicht aus. Dieser setzt zusätzlich voraus, dass das Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens als unbillig, bzw. als sachlich nicht gerechtfertigt eingestuft werden muss. Erforderlich ist insoweit eine Interessenabwägung der Beteiligten, d.h. des marktbeherrschenden Unternehmens und der in ihren Wettbewerbsmöglichkeiten beeinträchtigten

Unternehmen (Schultz in Langen/Bunte KartR § 19 Rdnr. 138). Der sowohl bei § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB, als auch § 20 Abs. 1 GWB zu berücksichtigen Zielsetzung des Gesetzes, Wettbewerb zu eröffnen und die Freiheit des Wettbewerbs zu sichern, kommt in diesem Zusammenhang erhöhte Bedeutung zu (Schultz in Langen/Bunte KartR § 19 Rdnr. 138). Eine (behindernde) Verhaltensweise des Marktbeherrschers liegt damit vor allem dann im Bereich des Missbrauchs, wenn sie sich in erheblichem Maße als Marktzutrittsschranke auswirkt. Dies bedeutet, dass das durchaus legitime Interesse des marktbeherrschenden Unternehmens an einer an Kundenpräferenzen orientierten Produktgestaltung gegebenenfalls hinter den Interessen der Wettbewerber an der Öffnung bzw. einer Offenhaltung der Märkte zurückstehen muss. Dabei kann allerdings der Umstand, dass es sich bei den „AktivPlus“-Angeboten offenkundig um sehr erfolgreiche Tarife handelt, alleine noch nicht als kartellrechtliche relevante Marktzutrittsschranke gewertet werden. Entscheidend ist vielmehr, ob die Wettbewerber in der Lage sind, mit entsprechenden eigenen Tarifmaßnahmen auf die von den „AktivPlus“-Angeboten möglicher Weise ausgehende Beeinträchtigung zu reagieren. Dabei stellt sich die Frage, ob bereits aus der Zusammenfassung von City-, Fern-, Auslands- und Draht/Funk-Verbindungen im Rahmen pauschalierter Optionsangebote eine derartige Sogwirkung ausgeht, dass die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen in sachlich nicht gerechtfertigter Weise beeinträchtigt werden.

Ob der Tatbestand einer unbilligen Behinderung, bzw. sachlich nicht gerechtfertigten Beeinträchtigung anderer Unternehmen im vorliegenden Fall tatsächlich erfüllt ist, lässt sich anhand der der Beschlusskammer zur Verfügung stehenden Unterlagen, Erkenntnisse und Erfahrungen derzeit mit hinreichender Sicherheit nicht belegen.

Die Beschlusskammer beabsichtigt allerdings, die tatsächlichen Auswirkungen insbesondere der Optionsangebote „AktivPlus“ und „AktivPlus xxl“ auf das Kundenverhalten im Zeitraum bis zum Eingang des nächsten Verlängerungsantrags im Herbst diesen Jahres durch eine umfassende Befragung von Endkunden, Wettbewerbern und der Antragstellerin zu ermitteln. Darüber hinaus soll im Rahmen der Befragung geklärt werden, ob sich die „AktivPlus“-Angebote tatsächlich, wie von den Beigeladenen vorgetragen, als Marktzutrittsschranke auswirken. Sollten sich anhand der Ergebnisse der Befragungen neue Erkenntnisse ergeben, die eine Genehmigungsfähigkeit der vorliegenden Optionsangebote in Frage stellen, käme eine weitere Genehmigung in der jetzigen Form nicht mehr in Betracht.

Der vorgesehene Wegfall der Mindestvertragslaufzeiten und die Verkürzung der Kündigungsfristen auf 6 Werkzeuge ist aus Sicht der Beschlusskammer sowohl im Interesse der Kunden als auch im Interesse der Wettbewerber zu begrüßen, da sich hierdurch die Bindungswirkung der betroffenen Optionsangebote spürbar verringern dürfte.

db) Einbeziehung vergünstigter Verbindungen in die Mobilfunknetze von „MobilCom“ und „Quam“

Auch die vorgesehene Einbeziehung vergünstigter Entgelte für Verbindungen in die Mobilfunknetze „MobilCom“ und „Quam“ erfüllt nach den derzeitigen Erkenntnissen den Tatbestand des Behinderungsmissbrauchs im Sinne von §§ 19 Abs. 4 Nr. 1 und 20 Abs. 1 GWB nicht.

Ein Fall der sogenannten Leistungs-Koppelung liegt nicht vor, da der Kunde nicht gezwungen wird, Verbindungen vom Festnetz in die betroffenen Mobilfunknetze exklusiv über die Antragstellerin zu beziehen. Ihm bleibt vielmehr unbenommen, Ferngespräche oder Gespräche in die Mobilfunknetze Call-by-Call oder mit Preselection über andere Netzbetreiber zu

führen.

Der Vertragsschluss wird auch nicht von der Abnahme sachlich bzw. nach dem Handelsbrauch nicht zusammengehöriger Leistungen abhängig gemacht. Üblicherweise werden über einen Teilnehmeranschluss nicht nur Verbindungen innerhalb des Festnetzes, sondern auch vom Festnetz in die Mobilfunknetze hergestellt. Für diese Verbindungen erhält der Teilnehmer in aller Regel auch eine einheitliche Gesamtrechnung. Es ist daher auch aus Kundensicht durchaus naheliegend und wünschenswert, wenn in diesem Zusammenhang eine gemeinsame Rabattierung möglich ist. Die Einbeziehung von Verbindungen in Mobilfunknetze als solche ist insoweit auch von keinem der Wettbewerber als nicht handelsüblich bzw. sachfremd eingestuft worden.

Die vorliegende Verknüpfung stellt auch keine unzulässige Konditionenkoppelung dar, da insbesondere die Gefahr einer Quersubventionierung zwischen den gekoppelten Dienstleistungen nicht besteht und der Kunde auch nicht übermäßiger Weise an das marktbeherrschende Unternehmen gebunden wird.

So wird die Höhe des Nachlasses für die Abnahme eines Produktes nicht unlässiger Weise davon abhängig gemacht, in welcher Menge ein anderes - mit dem ersten nicht austauschbares - Produkt abgenommen wird.

Die Vergünstigung auf Verbindungen in die entsprechenden Mobilfunknetze wird unabhängig von der Abnahme weiterer Dienstleistungen bei der Antragstellerin gewährt. Es besteht insoweit kein unmittelbarer Zusammenhang zwischen den jeweiligen Nachlässen, d. h. der Nachlass hinsichtlich der nicht lizenzpflichtigen Leistungen wirkt sich nicht auf den bei der lizenzpflichtigen Leistung gewährten Nachlass aus bzw. beeinflusst diesen nicht.

Ein Zusammenhang besteht lediglich insoweit, als sich bei entsprechender Nachfrage die monatliche Grundgebühr gegebenenfalls schneller rentiert bzw. die Angebote auch für solche Kunden interessant werden, für die sich die bisherigen Angebote noch nicht gelohnt hätten. Eine Möglichkeit, dem marktbeherrschenden Unternehmen die Weitergabe von Verbundvorteilen an seine Kunden grundsätzlich zu verbieten, besteht nicht, zumal wie oben bereits festgestellt, keine Anhaltspunkte für das Bestehen einer Quersubventionierung von Mobilfunkverbindungen durch Festnetzverbindungen vorliegen.

Zwar erhöht die Einbeziehung weiterer nicht genehmigungspflichtiger Leistungen in die „AktivPlus“-Tarife zweifelsohne die Attraktivität der Tarife insgesamt und damit auch der in den Angeboten enthaltenen genehmigungspflichtigen Leistungen. Es wäre jedoch auch mit Blick auf die berechtigten Kundeninteressen nicht zu vertreten, würde man dem marktbeherrschenden Unternehmen grundsätzlich verbieten, Konvergenzvorteile an den Verbraucher weiter zu geben. Zudem ist zu berücksichtigen, dass der Kunde nicht unangemessen lange an die betreffenden Angebote und damit an das marktbeherrschende Unternehmen gebunden wird.

dc) Kein Verstoß gegen § 3 TKV

Entgegen der Auffassung der Beigeladenen 2 verstößt die Zusammenfassung von genehmigungspflichtigen Sprachtelefondienstleistungen und nicht genehmigungspflichtigen Telekommunikationsdienstleistungen im Rahmen eines pauschalierten Angebotes auch nicht gegen § 3 TKV.

Durch die sich aus § 43 Abs. 6 TKG ergebende Verpflichtung der Antragstellerin zur Sicherstellung einer freien Verbindungsnetzbetreiberauswahl wird insoweit gewährleistet, dass insbesondere Orts- und Fern-Verbindungsleistungen unabhängig von einander nachgefragt werden können.

e) Unzulässigkeit des Ausschlusses der Preselection-Möglichkeit

Wie bereits in der Entscheidung über die Genehmigung des Optionsangebotes „AktivPlus xxi“ vom 20.09.2002 (Az. BK 2c 01/012) in der Entscheidung über die Verlängerung des Optionsangebots „AktivPlus basis“ vom 28.03.2002 (Az. BK 2a 02/002) sowie zuletzt in der Entscheidung über die Verlängerung des Optionsangebotes „AktivPlus xxi“ vom 28.06.2002 (Az. BK2a 02/010 festgestellt, stellt der in Ziffer 2.1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen „AktivPlus xxi“ konkludent enthaltene Ausschluss der Möglichkeit der dauerhaften Voreinstellung auf einen anderen Verbindungsnetzbetreiber eine erhebliche Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen dar, die sachlich nicht gerechtfertigt ist.

Der Ausschluss der Preselection-Möglichkeit erfüllt darüber hinaus den Tatbestand des Ausbeutungsmissbrauchs i.S.v. § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB, da die insoweit marktbeherrschende Antragstellerin Entgelte oder Geschäftsbedingungen fordert, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden.

Zur Vermeidung von Wiederholungen wird insoweit auf die Begründungen zu den genannten Entscheidungen verwiesen.

Im Hinblick auf die beantragte Wiederaufnahme der betreffenden Klausel war die Genehmigung daher gemäß § 19 Abs. 4 Nr. 1 und 2 GWB i.V.m. § 27 Abs. 3 GWB zu versagen.

Ob der Ausschluss der Preselection-Möglichkeit, wie von den Beigeladenen darüber hinaus vorgetragen, gegen weitere Vorschriften, beispielsweise § 43 Abs. 6 TKG, § 9 AGBG oder die Telekommunikations-Kundenschutzverordnung verstößt, kann vorliegend dahingestellt bleiben.

6. Nebenbestimmungen

Im Hinblick auf die mit der Genehmigung der beantragten Änderungen der Entgelte und entgeltrelevanten Bestandteile der Optionsangebote „AktivPlus basis“, „AktivPlus“ und „AktivPlus xxi“ verbundenen Nebenbestimmungen war gemäß § 36 Abs. 2 VwVfG nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden.

Durch die Verlängerung der Befristung für die Optionsangebote „AktivPlus basis“ und „AktivPlus“ soll sichergestellt werden, dass die Ergebnisse der vorgesehenen Befragungen der Marktteilnehmer in die Entscheidung über die weitere Genehmigungsfähigkeit dieser Angebote einfließen können.

In Bezug auf das Optionsangebot „AktivPlus xxi“ sollen die am 28.06.2002 mit Beschluss BK2a 02/010 getroffenen Nebenbestimmungen fortgelten.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen diesen Bescheid kann innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe Klage bei dem Verwaltungsgericht in Köln, Appellhofplatz, 50667 Köln, schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle erhoben werden. Die Klage muss den Kläger, den Beklagten und den Gegenstand des Klagebegehrens bezeichnen. Sie soll einen bestimmten Antrag enthalten. Die zur Begründung dienenden Tatsachen und Beweismittel sollen angegeben werden.

Der Klage nebst Anlagen sollen so viele Abschriften beigefügt werden, dass alle Beteiligten eine Ausfertigung erhalten können.

Falls die Frist durch das Verschulden eines von Ihnen Bevollmächtigten versäumt werden sollte, würde dessen Verschulden Ihnen zugerechnet.

Eine Klage hat keine aufschiebende Wirkung (§ 80 Abs.2 TKG).

Kuhrmeyer

Busch

Lindhorst